

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO
JUSTIFICATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE VIOLAM OS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES**

**THE ECONOMIC BALANCE OF BUSINESS ACTIVITY AS A REASON FOR
JUDICIAL DECISIONS VIOLATING CONSUMER RIGHTS**

**Roberto Siquinel
Marcos Alves Da Silva**

Resumo

O presente artigo tem a finalidade de examinar as decisões do Superior Tribunal de Justiça nos casos de reajuste da mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária e validade de cláusula contratual de cobrança de comissão de corretagem na aquisição de imóveis, com enfoque na justificativa econômica que fundamenta o entendimento do tribunal. Pretende-se avaliar a violação dos direitos dos consumidores em casos em que o Poder Judiciário se torna centro de decisões que repercutem significativamente na Economia.

Palavras-chave: Consumidor, Plano, Saúde, Comissão, Corretagem

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to examine the decisions of the Superior Court of Justice in cases of readjustment of the monthly health plan due to the change in the age range and the validity of the contract clause for the collection of brokerage commission in the acquisition of real estate, with focus In the economic justification that underlies the court's understanding. The intention is to evaluate the violation of consumer rights in cases where the Judiciary becomes the center of decisions that have a significant impact on the economy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer, Health, Insurance, Brokerage, Commission

INTRODUÇÃO

A crise econômica que assola o Brasil há algum tempo acentuou ainda mais um verdadeiro protagonismo judicial. O Poder Judiciário está nos holofotes de toda a sociedade, visto como a “última esperança” de um País falido e desacreditado. O Legislativo e o Executivo perderam força perante o eleitorado, em especial após deflagração de pontuais operações da Polícia Federal. Mesmo antes de episódios como esses, inúmeras decisões já vinham sendo proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, afetando significativamente a vida dos brasileiros. Desde a Constituição Federal de 1988 tendo sido assim, e de forma mais contundente após as alterações no Código de Processo Civil que introduziram a Repercussão Geral e o Recurso Repetitivo. Mas a velocidade das informações atualmente tem dado ciência aos cidadãos quanto ao conteúdo e efeito das decisões judiciais. O brasileiro passou a compreender um pouco mais sobre a função do Poder Judiciário e os efeitos que suas decisões podem alcançar.

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, XXII e 170, VI, estabeleceu que o Direito do Consumidor, além de um direito fundamental é também um princípio constitucional. A justificativa para elegê-lo ao grau de princípio é simples: o consumidor é, por natureza, vulnerável, e essa é a razão para merecer um tratamento diferenciado, inclusive na interpretação das normas legais e do caso concreto. Portanto, sempre que juiz enfrentar uma demanda em que de um lado haja um consumidor, por dever legal deverá ponderar sua fragilidade na interpretação do contrato no caso concreto.

Entretanto, entende-se que recentemente o Poder Judiciário vem tomando decisões contrárias aos direitos dos consumidores, sob a justificativa de inviabilizar economicamente a atividade empresarial. Ao que parece, há maior preocupação com questões de ordem econômica/social do que propriamente jurídica/legal.

Então questiona-se se o conteúdo das decisões judiciais deve considerar aspectos econômicos e reflexivos de ordem financeira, mesmo para que isso seja afastada a norma consumerista?

No presente artigo pretende-se analisar as decisões judiciais proferidas nos Recursos Especiais nºs 1.568.244-RJ, que reconheceu a validade do reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária, e 1.599.511-SP, que considerou legal a cláusula contratual que transfere ao consumidor o ônus da comissão de corretagem quando da aquisição de imóveis, ambos julgados em Recursos Repetitivos, sob a justificativa de manutenção do equilíbrio

econômico. Inicialmente far-se-á um relatório dos *leading cases*, destacando os principais fundamentos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como serão apresentadas reflexões sobre o conteúdo decisório dos acórdãos, justificadas e apoiadas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. Em seguida tratar-se-á da chamada “judicialização das relações sociais” e da transferência do poder político para o Judiciário. De forma derradeira, será realizada uma breve abordagem das teorias de Ronald Dworkin sobre a decisão política do juiz e a análise econômica do Direito, com enfoque nas decisões judiciais proferidas em questões controvertidas voltadas a maximizar a riqueza social.

1 REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS RECURSOS REPETITIVOS N°S 1.568.255-RJ E 1.599.511-SP

No presente artigo pretende-se analisar as decisões judiciais proferidas nos Recursos Especiais n°s 1.568.244-RJ, que reconheceu a validade do reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária, e 1.599.511-SP, que considerou legal a cláusula contratual que transfere ao consumidor o ônus da comissão de corretagem quando da aquisição de imóveis, ambos julgados em Recurso Repetitivo, portanto, com efeito em todo o território nacional.

O primeiro caso diz respeito a uma consumidora que ingressou com demanda revisional em face do plano de assistência à saúde, alegando a ilegalidade do reajuste de 88% (oitenta e oito por cento) em sua mensalidade logo após a data em que completou 59 (cinquenta e nove) anos de idade. Suscitou a declaração de invalidade da cláusula contratual por conta da onerosidade excessiva e desequilíbrio do contrato.

O STJ não acolheu o recurso da consumidora, sob a justificativa de que a base econômica do contrato de assistência à saúde é o mutualismo, único capaz de tornar viável a solvência do plano e o custeio das coberturas contratuais. O Superior Tribunal de Justiça destacou, ainda, que gastos com tratamento de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas jovens, razão pela qual o risco assistencial aumenta quanto maior for a idade do consumidor. Ainda, justificou o aumento da mensalidade para os idosos invocando o princípio da solidariedade intergeracional, em que os mais jovens suportam uma parte dos custos gerados pelos consumidores de idade mais avançada, e esse é o motivo de não haver inviabilidade do ingresso ou a permanência de idosos no plano privado de assistência à saúde.

Do longo arrazoado do voto condutor do julgamento, extrai-se apenas uma conclusão que nos interessa para os fins do presente artigo: *“a cláusula de aumento da mensalidade de plano de saúde conforme mudança de faixa etária encontra fundamento no mutualismo e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos, o que concorre para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do próprio plano”*.

Ao final do voto, o tribunal analisou o caso concreto e concluiu que o aumento de 88% (oitenta e oito por cento) na mensalidade da consumidora não é abusivo, sob a alegação de que seria o último por grupo etário, e que pelo resto da vida daquela usuária o plano não sofreria mais com esse tipo de ônus. Concluiu ser idôneo o percentual de reajuste e o aumento, afastando a alegação de onerosidade excessiva.

O segundo caso em análise foi julgado em 24/08/2016, onde o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a discussão que se deu entre consumidores e incorporadoras/construtoras a respeito da validade ou não da cláusula contratual que impõe ao adquirente de imóvel o ônus do pagamento da comissão de corretagem.

Em decisão unânime, a Segunda Seção daquele tribunal decidiu pela validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem na compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, ou seja, imóvel na planta.

O primeiro ponto a destacar no voto condutor é que, embora o tribunal tenha reconhecido a obrigação das incorporadoras ao pagamento das comissões, entendeu pela possibilidade de transferência desse encargo ao consumidor, inclusive sob a chancela de terceirização da atividade de corretagem, a fim de justificar o afastamento da alegação de venda casada. O detalhe é que o consumidor, que não foi aproximado da construtora pelo corretor, só adquire o imóvel se pagar a comissão de corretagem.

O voto ainda destaca que os valores das comissões normalmente são suportados pelos consumidores, seja embutido no preço do imóvel vendido seja mediante contrato de corretagem firmado a parte. Cita-se no julgado a lição de Hector Miranda Valverde, no sentido de que na lógica da economia os custos do empreendimento são repassados ao consumidor. Diz então que essa prática das incorporadoras não causa prejuízos aos consumidores, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu válida a cláusula contratual que obriga o consumidor ao pagamento da comissão de corretagem. A única ressalva é de que o consumidor deve ser informado do preço total do negócio, já incluído o valor da comissão de corretagem.

Feitas as devidas citações dos dois *leading cases*, cabe tecer breves considerações a respeito do conteúdo dos acórdãos, que nos parece não só técnico/jurídico, mas também de cunho econômico/financeiro.

Em ambos os casos ficou perfeitamente demonstrada a preocupação dos julgadores com os efeitos econômicos de suas decisões, em especial porque atingiriam (se favoráveis aos consumidores) duas categorias bastantes significativas da classe empresarial, a saber, as operadoras de planos de saúde e as incorporadoras/construtoras.

Onerar essas áreas da atividade empresarial poderia gerar reflexos negativos consideráveis. Imagine-se impor a todas as operadoras de planos de saúde a exclusão do aumento da mensalidade em decorrência da faixa etária? Quanto isso, em ordem de grandeza, representaria negativamente aos caixas das operadoras? O quanto seria reduzido de sua capacidade de autofinanciamento? Quantas outras demandas judiciais seriam iniciadas por consumidores que pagaram valores a título de majoração por faixa etária? E o que dizer então se o tribunal determinasse que todas as incorporadoras devolvessem aos consumidores os valores pagos por eles a título de comissão de corretagem? Quantas outras demandas judiciais seriam inauguradas visando o ressarcimento, talvez em dobro, dos valores pagos? As cifras seriam expressivas e o rombo no caixa das construtoras poderia afetar toda uma cadeia econômica dependente! Os efeitos poderiam acarretar inúmeros prejuízos na sociedade!

Não restam dúvidas de que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça estão todas fundamentadas em normas e preceitos legais, cujas interpretações estão respaldadas por grandes juristas. O ponto nevrálgico que é motivo de reflexão é o quanto o fator econômico pesa no momento de uma decisão de abrangência nacional? Quanto é sopesado do ponto de vista dos eventuais efeitos negativos econômicos para a atividade empresarial no instante em que o julgador decide questões tão relevantes quanto às citadas?

Segundo o site da EBC Agência Brasil, em notícia publicada em 23/11/2016 (menos de um mês do julgamento de um dos casos em análise), os planos de saúde registraram queda de 3,1% no número de usuários entre setembro de 2015 e setembro de 2016, o que representou uma perda de 1,5 milhão de beneficiários no país. Atualmente são 70 milhões de usuários de planos de saúde no Brasil e a expectativa é negativa do ponto de vista de crescimento. Quantos desses usuários são idosos? Quantos utilizarão ainda mais os serviços de assistência à saúde nos anos em que sua velhice se aproxima? A expectativa de vida do brasileiro vem aumentando e o cálculo atuarial pode não fechar, assim como ocorreu com a previdência pública. Os planos vinham acumulando, ano após ano, crescimento no número de

usuários, mas dada a crise econômica amargaram, pela primeira vez, um déficit. A gestão ineficiente também agrava esse quadro. Veja-se o que houve com a Unimed Paulistana. Sofreu intervenção da ANS e foi extinta, tudo em decorrência da gestão deficitária de seus diretores. Mas questiona-se se onerar o consumidor idoso com uma mensalidade excessiva, praticamente o dobro do que vinha contribuindo foi o melhor caminho?

E se o Superior Tribunal de Justiça decidisse pela ilegalidade do reajuste por faixa etária, o déficit financeiro dos planos seria ainda maior ou não traria efeitos tão significativos aos planos? Ou o problema financeiro que agrava a situação dos planos de saúde é o alto custo da medicina, aliada à cobertura de procedimentos muitas vezes desnecessários, solicitados por médicos que lucram com a chamada indústria das próteses importadas? O prejuízo das operadoras não teria origem nos custos com os idosos ou da cobertura de inúmeros exames desnecessários, consultas e procedimentos cirúrgicos suspeitos, obtidos via liminares? Por qual motivo a corda deve romper sempre para o lado mais frágil?

Ao considerar legal o reajuste por faixa etária e entender que o acréscimo de 88% (oitenta e oito por cento), aplicado de um mês para o outro, na mensalidade de uma beneficiária que está chegando na chamada “terceira idade”, ao contrário do exposto no voto condutor e com a devida *venia*, está sendo criada uma verdadeira barreira ao consumidor idoso. Não há dúvidas de que ela não suportará uma mensalidade tão elevada, desistirá do plano e recorrerá ao SUS quando necessitar tratar de sua saúde. Mais um ônus ao Estado, que deverá amparar quem a iniciativa privada, após anos de arrecadação, mandará embora pela porta dos fundos. Os consumidores idosos deveriam receber privilégios e não verdadeiros castigos contratuais. Muitos são aposentados e o benefício que recebem, a cada ano, sofre desvalorização frente ao salário mínimo. Ademais, anualmente há reajuste autorizado pela ANS (em junho de 2016 houve autorização para reajustar o plano em até 13,57%), o qual é aplicado sobre a mensalidade, independentemente (mas cumulativamente) do aumento por faixa etária. No caso em análise, a mensalidade da consumidora terá acréscimo de mais de 100% (cem por cento). Logo, ao contrário do exposto no voto, a mensalidade do plano continuará a aumentar anualmente (índices autorizados pela ANS de acordo com a “inflação da Medicina”) após a última majoração por faixa etária e a considerar que após os 59 (cinquenta e nove) anos houve a dobra o valor, anualmente o reajuste autorizado pela ANS repercutirá sobre essa base de cálculo majorada, reverberando negativamente no patrimônio do idoso.

O que dizer então das incorporadoras que transferem os custos da comissão de corretagem aos consumidores, agora com a chancela do Superior Tribunal de Justiça! Sob a justificativa que se trata de terceirização, o Poder Judiciário autorizou que as construtoras transfiram ao consumidor encargos que podem chegar a 6% (seis por cento) do valor do imóvel, sustentando que seria um custo que, de uma forma ou outra, seria arcado pelo próprio consumidor. Indaga-se se esse custo, suportado pelo consumidor, realmente seria necessário? Qual a função do corretor senão a de aproximar as partes (consumidor e incorporadora)? No caso de imóveis vendidos na planta é o consumidor que vai ao estande de vendas, ele que se aproxima da construtora. Há casos em que consumidores adquiriram imóveis diretamente na sede da construtora e não pagaram comissão de corretagem. Então qual a razão de onerar o consumidor com 6% (seis por cento) do valor do negócio?

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça nada foi tratado sobre o fato de que o contrato firmado entre consumidor e incorporadora é tipicamente de adesão, o que significa dizer que ao consumidor não é oportunizado realizar qualquer alteração no texto, sendo que na maioria das vezes só toma conhecimento do teor do instrumento quando o negócio já foi realizado e o valor de sinal pago mediante um leque de cheques distribuídos aos corretores. Ou seja, não tem sequer o direito de se negar a pagar a comissão de corretagem porque seu valor vem embutido no valor total da compra e ao consumidor pouco, ou quase nada, é explicado sobre o destino daqueles “cheques”. E o tribunal afastou a alegação de venda casada!

Notícia do site da Gazeta do Povo datada de 16/08/2016 (8 dias antes da decisão do STJ) aponta que metade das construtoras brasileiras listadas na bolsa de valores registraram prejuízo no segundo trimestre de 2016. A crise econômica afetou em cheio as incorporadoras no Brasil, isso é uma realidade. Além de verem as vendas caírem, sofrem com uma quantidade nunca vista de distratos, ou seja, cancelamentos de compras de imóveis ocorridas na planta. E os motivos? Aumento do desemprego, queda na renda do brasileiro, aumento das taxas de juros, limitação de financiamento pela Caixa Econômica Federal. Destaque-se que a limitação de crédito imobiliário se deu em decorrência da redução do volume de recursos em cadernetas de poupança, também consequência da crise econômica. Não há notícias de que as ações judiciais movidas pelos consumidores para recuperar os valores de comissão de corretagem tenham dado causa à crise no setor imobiliário. Ela só não é mais grave porque o nível de endividamento do brasileiro para compra de imóveis é baixo. E isso se deve a reduzida oferta de crédito se comparado a outros países, inclusive os desenvolvidos. O Poder

Judiciário, ao decidir nesse sentido (contrário aos direitos dos consumidores), em grau de recurso repetitivo, encerra uma discussão a favor da atividade empresarial, tendo como pano de fundo a já grave crise do setor e a necessidade de se manter a economia. Não há mais como voltar atrás nesse tema, os consumidores perderam a batalha. Já em relação ao crescimento econômico das incorporadoras a dinâmica é outra. Enquanto encerra-se um *leading case* que norteia todos os processos judiciais em trâmite e evita o ingresso de tantos outros, as ações das construtoras, no pregão de 16/01/2017 da bolsa de valores disparou em até 90% (noventa por cento) de valorização, conforme divulgado pelo site InfoMoney. A bolsa é sensível às atitudes do Comitê de Política Monetária e assim que as apostas de um Banco Central mais agressivo no corte da taxa de juros se tornou realidade, o humor do mercado imobiliário melhorou e com isso houve elevação das ações. A recuperação das incorporadoras no mercado financeiro pode ser rápida. Não há trânsito em julgado para a economia, já para os consumidores os efeitos são permanentes.

O que nos parece, tanto em um caso (reajuste por faixa etária) quanto em outro (comissão de corretagem), é que o Poder Judiciário se sensibiliza com a situação econômica de determinados segmentos e busca equilibrar as relações a fim de não suplantar uma atividade empresarial que pode manter e gerar empregos e renda aos brasileiros.

As decisões analisadas, todas contrárias aos interesses e, salvo melhor juízo, aos direitos dos consumidores, parece ter considerado o efeito econômico prejudicial às incorporadoras, planos de saúde. Ousa-se dizer que preferiu o Superior Tribunal de Justiça dividir a conta com milhões de consumidores a onerar alguns segmentos da atividade empresarial, cujo impacto, em sua visão, poderia causar efeito econômico mais direto e imediato.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E DA TRANSFERÊNCIA DO PODER POLÍTICO AO JUDICIÁRIO

Os efeitos econômicos das decisões judiciais são uma realidade em nossa sociedade. Quanto maior a previsibilidade e segurança do que o Poder Judiciário decide, a princípio, maior será a estabilidade das relações, em especial as de natureza empresarial.

As relações comerciais e os negócios são instrumentalizados por meio de contratos e quando o Poder Judiciário invalida cláusulas contratuais e interfere diretamente no trato inicial das partes, acaba por criar instabilidade para entre elas. Acredita-se que o Superior

Tribunal de Justiça tem agido avaliando mais ponderadamente essa assertiva. No que tange aos consumidores, entretanto, não se pode perder de vista a vulnerabilidade destes frente ao fornecedor, razão pela qual a linha entre violar um direito básico disciplinado na lei e prejudicar uma atividade empresarial ao criar uma instabilidade contratual é extremamente tênue.

Entende-se que os investimentos dos empresários em determinado segmento são longos e necessitam de estabilidade para que, economicamente sejam viáveis. Mas não se pode, sob essa justificativa, suplantam direitos instituídos a duras penas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. Legaliza-se o ilegal ao se decidir pela manutenção de contratos que violam flagrantemente os mais básicos direitos.

O que se observa é a transferência do poder político ao Poder Judiciário, no que se pode denominar de “judicialização das relações sociais”. O Ministro do STF, Luis Roberto Barros, em artigo publicado em vários sites jurídicos, denominado “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, datado de 2009, quando ainda não era ministro, fez uma brilhante exposição sobre o ativismo do Poder Judiciário no Brasil, em especial no que se refere ao atendimento das demandas decorrentes das relações sociais, destacando a omissão dos outros poderes como um dos fatores da transferência da solução dos conflitos ao Judiciário. Em seu artigo expõe três causas da judicialização: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Todas essas causas somadas à perda de credibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo transformaram o Poder Judiciário no único ambiente confiável para decidir o futuro dos brasileiros. No Judiciário entende-se que há intelectuais capazes de, por meio de suas decisões, orientar o caminho pelo qual deve o Brasil trilhar. Zygmunt Bauman diz que os intelectuais são capazes de interferir de modo direto no processo político por meio da influência que exercem sobre as mentalidades da nação, assim como moldam as ações de seus líderes políticos (BAUMAN, 2010, p. 15).

Desta forma, aumenta a responsabilidade dos juízes quanto ao conteúdo de suas decisões, de modo a buscar a estabilidade das relações. Espera-se que o Poder Judiciário solucione todas as questões de conflito e angústia, inclusive as de cunho econômico. Mas como exigir isso em um país que tem em suas raízes a corrupção, o assalto e o favorecimento indevido a poucos, enquanto a maior parte da população perece?

No Brasil há milhares de pessoas doentes, e sem condições financeiras para adquirir medicamentos. O Poder Executivo nega o acesso ao cidadão daquilo que por vezes é o único

caminho para o tratamento de sua enfermidade. Recorre-se então ao Poder Judiciário, que através de imposição de multa pecuniária determina o fornecimento do medicamento. O cidadão vê no Judiciário o caminho para solução de seus problemas, e aos poucos percebe um deslocamento da função política, assumindo este o papel daquele.

Da mesma forma, quando o Legislativo aprova uma lei que afronta regras e princípios, cabe ao Poder Judiciário declará-la inválida, a ponto de determinar sua exclusão do ordenamento jurídico.

Assim, as decisões judiciais nos parecem, cada vez mais, arraigadas de aspectos econômicos e políticos.

O cidadão compreendeu, talvez como nunca antes o tenha feito, que o Poder Judiciário exerce “poder” sobre os demais “Poderes”. Essa compreensão dá aos cidadãos a sensação de que o Poder Judiciário lhe garantirá o gozo dos direitos fundamentais, necessários para o exercício da democracia.

Alexy diz que os direitos fundamentais são extremamente democráticos porque com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade eles asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas, que são capazes de manter vivo o processo democrático, e porque com a garantia das liberdades de opinião, de imprensa, de transmissão por radiofusão, de reunião e de associação, assim como o direito de voto e com as outras liberdades políticas eles asseguram as condições de funcionamento do processo democrático (ALEXY, 2015, p. 132-133).

Os brasileiros acreditam que o Poder Judiciário é o único capaz de manter o exercício dos direitos, a democracia e porque não dizer, a República.

3 AS TEORIAS DE RONALD DWORKIN SOBRE AS DECISÕES (POLÍTICAS OU NÃO) DOS JUÍZES E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FORMA DE PROMOVER A RIQUEZA SOCIAL

Na obra denominada “Uma questão de princípio”, publicada originariamente em 1985, o filósofo norte-americano Ronald Dworkin nos brinda com dois ensaios separados por onze capítulos, mas que se complementam para os fins do presente artigo.

No capítulo 1, denominado “Os juízes políticos e o Estado de Direito”, Dworkin questiona como os juízes deveriam decidir casos controversos e se essas decisões devem ser

políticas em algum sentido, visto que será aprovada por um grupo político e reprovada por outros.

Embora exponha seu entendimento pessoal de que os juízes não devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos (DWORKIN, 2005, p. 4), o filósofo menciona que muitas decisões da Câmara de Lordes (Grã-Bretanha) eram políticas, embora o tribunal se esforçasse para dar a impressão de que as decisões eram tomadas com base em fundamentos jurídicos e técnicos. Guardadas as devidas proporções, em muitos casos vemos semelhanças com as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Já nos EUA, diz o doutrinador, a opinião sobre o papel político dos juízes está mais dividida, com um grande número de professores e estudiosos do Direito e mesmo alguns juízes sustentando que as decisões judiciais são inevitavelmente políticas, como se averigua nas grandes questões julgadas pela Suprema Corte e pelos tribunais estaduais. (DWORKIN, 2005, p. 5)

Dworkin entende que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Explica que enquanto os argumentos de princípio se referem aos direitos políticos de cidadãos individuais, os argumentos de procedimento exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar.

As decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade, que possam ser substituídos periodicamente. Já os juízes não são eleitos e reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular (DWORKIN, 2005, p. 17).

Na lição de Eros Grau, citando Frosini, a decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes no conflito; pelas regras processuais vigentes, pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade. Em tempo, é determinada pelas convicções do próprio juiz que julgará a causa, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política. (GRAU, 2016, p.74).

No capítulo 12 da mesma obra, o filósofo norte-americano questiona se as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social, ou seja, é papel do juiz avaliar os efeitos econômicos de sua decisão.

Sobre a questão, Dworkin demonstra magistralmente que as decisões que parecem maximizar a riqueza são necessárias, não como decisões instrumentais buscando produzir

certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade, ou qualquer meta de política, mas antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade. Busca-se uma explicação de princípio em vez de uma explicação de política. (DWORKIN, 2005, p. 397).

Dworkin critica o chamado “liberalismo utilitarista”, pois acredita que os juízes estão equivocados quando fundamentam suas decisões em argumentos de ordem econômica.

As contribuições de Dworkin, tanto as relativas às decisões judiciais políticas e às econômicas apontam para o mesmo caminho, qual seja, os princípios. Uma decisão judicial deve basear-se nos princípios, que nortearão o julgador a proferir uma decisão baseada em princípios políticos, mas não uma decisão política, e uma decisão que busca a equidade, e não uma decisão de cunho eminentemente econômico.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão que se pode extrair do presente artigo é que as decisões judiciais proferidas em recursos representativos de controvérsia devem levar em conta os demais aspectos que significam efetivamente efeitos econômicos negativos para a atividade empresarial, inclusive aqueles que não são tratados no bojo dos processos. Não é a condenação das incorporadoras à devolução dos valores relativos à comissão de corretagem que provocou ou provocaria (se o STJ reconhecesse ilegal a cobrança) a bancarrota do setor imobiliário. É mais factível que a crise econômica generalizada, a escassez de crédito imobiliário e a queda da renda do brasileiro sejam os responsáveis pelas perdas financeiras. Não são os idosos que utilizam os planos de saúde os responsáveis pela queda na venda dos planos de saúde e o agravamento da situação financeira das operadoras. O desemprego e com ele o desligamento de milhares de pessoas das empresas e respectivamente dos planos de saúde coletivos, o alto custo da medicina, as liminares autorizando a cobertura de procedimentos caríssimos sem previsão contratual talvez tenham maior contribuição para o déficit do setor. Decisões violadoras dos direitos básicos dos consumidores podem romper o elo mais fraco da economia, e com isso todo o sistema sofre efeitos negativos, não apenas esse ou aquele setor.

O Judiciário, por sua vez, tem assumido um papel de gestor dos direitos, da economia, e porque não dizer da política. Nele estão sendo centralizadas as grandes questões de interesse nacional em decorrência do chamado ativismo judicial e do descrédito da população do Executivo e no Legislativo. Honrosa a função, mas constitucionalmente não nos

parece que seria esse o papel do Judiciário. Corrigir erros econômicos históricos através de decisões judiciais confirma a tradição do brasileiro de agir apenas depois que o problema ocorre. A economia no Brasil nasceu equivocada com a colonização portuguesa e políticas públicas não devem partir do Judiciário. O bem-estar do cidadão não pode ser decorrência de uma decisão transitada em julgado. Ser protagonista tem efeitos, muitas vezes irremediáveis, e o que se vê hoje é um Poder Judiciário centralizando, sem que isso tenha sido sua pretensão, os três poderes.

As conclusões de Dworkin sobre as decisões judiciais demonstram que é impossível ao juiz apreciar uma questão de forma completamente neutra. De maneira inevitável a economia, a política, enfim, os efeitos que sua decisão poderá repercutir na sociedade são sopesados no momento de proferir um comando que deverá ser seguido. O caminho, segundo ensina Dworkin, é lastrear-se nos princípios, colocando na balança os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, deixando de lado os interesses estritamente políticos e econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisomo. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre a modernidade, pós-modernidade e intelectuais**; tradução Renato Aguiar. – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**; tradução Luís Carlos Borges – 2 ed. – São Paulo: Marins Fontes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes** – 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação. São Paulo: Malheiros, 2016

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em 11.jan.2017

<http://www.gazetadopovo.com.br>, acessado em 14/01/2017.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br>, acessado em 13/01/2016

<http://infomoney.com.br>, acessado em 16/01/2017

<http://www.direitofranca.br>, acessado em 15/01/2017

<http://www.stj.jus.br>, acessado em 12/01/2017